



LOS DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente
evolución del Derecho penal italiano

Filippo Sgubbi

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Bolonia

Traducción de *José Manuel Palma*

SUMARIO:

1.- Premisa.

2.- Delitos que conciernen a las relaciones patrimoniales entre particulares y funcionarios públicos.

2.1.- Los delitos de corrupción.

2.2.- La distinción entre corrupción y concusión.

2.3.- El delito de financiación ilícita de partidos políticos.

2.4.- Premisas metajurídicas y reflexiones técnico-dogmáticas.

3. Delitos que conciernen directamente a la actividad del funcionario público.

4.- Delitos relativos a la formación y circulación del dinero negro.

5.- Síntesis conclusiva.

1. Premisa.

El 10 de Noviembre de 1999 el Parlamento italiano aprobó la modificación del artículo 111 de la Constitución introduciendo en nuestra Constitución los principios del llamado “justo proceso”. La novedad es de gran importancia desde el punto de vista de la técnica procesal-penal; pero sobretudo se trata de una señal de gran relevancia bajo el perfil de la política criminal y de las relaciones institucionales entre poderes públicos y Magistratura. El Parlamento, después de muchos años de inercia, trata de recuperar su papel central y dominante en la gestión institucional de los procesos penales: el objetivo es fijar los límites al llamado “gobierno de los jueces”.

Como es sabido, en Italia (y no sólo en Italia), en los últimos años hemos asistido a una gran transformación del derecho y del proceso penal llevada a cabo por la Magistratura.

La Magistratura penal y el derecho penal se han situado en el centro –de forma completamente irregular– de la disciplina jurídico-social y de los mecanismos de control social. Parlamento, Gobierno y Administración Pública han sufrido una gran pérdida de credibilidad en la opinión pública. Así, la Magistratura penal se ha convertido en la institución más creíble y eficaz. En la Magistratura penal se trata de resolver todo tipo de controversias y de contenciosos; se trata de resolver cualquier emergencia; se trata de vigilar (y controlar) cada comportamiento, de cualquier tipo, administrativo, económico, social, institucional e incluso médico (1).

La Magistratura penal recibe directamente de la opinión pública la aprobación para sus actos y encuentra en esa aprobación (y no ya en el respeto y en la subordinación a la ley) la fuente de su



propia legitimación. La Magistratura se muestra siempre como un órgano que lucha contra elementos en un constante clima de emergencia. Contra los elementos: mafia, evasión fiscal, corrupción, inmoralidad de la Administración pública. La transformación del papel de la Magistratura es, en este sentido radical y decisiva. El Magistrado penal está llamado a combatir contra elementos, esto es, contra entidades globales, ideales y abstractas. El hecho ya no es el centro de atención. El centro de atención del Magistrado penal y del proceso penal no es ya el singular y específico hecho delictivo cometido por un singular y específico reo.

La Magistratura ha colonizado la política y la sociedad (2). Incidentalmente se puede añadir: la Magistratura ha colonizado incluso las relaciones internacionales.

La citada modificación del artículo 111 de la Constitución es por ello un paso importante para restaurar la fisiología de las relaciones institucionales entre política y magistratura y para restaurar la soberanía de la ley.

1.1.- El papel central de la Magistratura es hoy particularmente visible incluso en materia de delitos contra la Administración pública y otros delitos relacionados. Tales delitos han estado investidos de un fuerte proceso de transformación operado por los fiscales y –si bien en menor medida– operado también por los Jueces. Se han adoptado nuevas interpretaciones de las incriminaciones tradicionales, creando áreas cada vez más amplias de responsabilidad penal y creando una situación cada vez más acentuada de incertidumbre y de imprevisibilidad.

1.2.- Para dar una perspectiva de tales transformaciones interpretativas, es oportuno distinguir varios grupos de delitos. En efecto, la obra de la Magistratura en la “lucha” (3) contra la corrupción y contra la inmoralidad en la Administración pública se ha desarrollado también sobre incriminaciones diversas respecto al grupo de los delitos contra la Administración pública.

2. Delitos que conciernen a las relaciones patrimoniales entre particulares y funcionarios públicos.

En este ámbito la jurisprudencia ha concluido –en vía interpretativa– transformaciones de gran relieve:

2.1.- Los delitos de corrupción.

- La elaboración jurisprudencial ha determinado, en primer lugar, que se haya eclipsado la distinción entre corrupción por acto del cargo (art. 318 c.p.) y corrupción por acto contrario a los deberes del cargo (art. 319 c.p.); en la práctica, todo acto de recepción indebida de dinero por parte de un funcionario público es reconducido a esta segunda figura, sobre la base del principio en virtud del cual el funcionario público que recibe dinero pierde su imparcialidad en el cumplimiento de los actos del cargo, por lo que estos actos se consideran siempre contrarios a sus deberes. Esta orientación puede tener, sin duda, un fundamento lógico, pero la distinción entre las dos figuras de corrupción está dictada por el propio código penal, y no está permitido al juez hacer una interpretatio abrogans de la ley.
- Hay otra importante modificación interpretativa traída por nuestra jurisprudencia. En el código penal italiano, las incriminaciones de corrupción se centran en el acto del cargo y sobre la compraventa del mismo acto por parte del funcionario público. La praxis jurisprudencial olvida este perfil objetivo del tipo incriminador y elude la referencia legislativa al acto del cargo objeto del acuerdo ilícito. Cuando el particular entrega dinero (u otros bienes) al funcionario público, existe corrupción incluso si no se demuestra la relación entre la retribución ilícita y la actividad del funcionario (4). El objetivo de la jurisprudencia es extender el ámbito de aplicación de las normas penales en materia de corrupción: como consecuencia de esta interpretación, son castigadas graves formas de inmoralidad administrativa, como por ejemplo las hipótesis de funcionarios públicos periódicamente financiados por sociedades o particulares

(5). No obstante, haciendo esto, no se sanciona ya un acto objetivo, y en consecuencia la compraventa de un acto administrativo, sino que se sanciona la venalidad del funcionario. Las figuras de corrupción sufren así un proceso de transformación que golpea su esencia más característica: de una dimensión objetiva fundada sobre el hecho se pasa a una dimensión subjetiva fundada sobre el autor. Y ello trae asimismo consecuencias sobre la estructura del bien jurídico: el bien jurídico “buen funcionamiento”, “imparcialidad” de la Administración pública sufre una metamorfosis convirtiéndose –como ya se ha visto otras veces en la historia del derecho penal– en un valor absoluto, como por ejemplo la fidelidad del funcionario público y su imagen.

- Recientemente, la Corte de Casación (6) ha introducido otra novedad significativa. Entre ambas figuras de corrupción (arts. 318 y 319 c.p.), el código describe dos conductas: “recibir dinero” y “aceptar la promesa”. Desde hace tiempo, nos hemos preguntado doctrina y jurisprudencia cuál es el momento consumativo del delito en los casos en los que el particular primero promete y luego da el dinero al funcionario público. Durante años, se han seguido dos teorías: (a) la corrupción se consuma con la promesa y la entrega constituye un acto posterior impune y (b) la corrupción se consuma con la promesa, pero si a la promesa sigue la entrega, el delito se consuma con la entrega (7). Ahora, la Casación ha inaugurado una tercera vía: la corrupción se construye como un tipo cumulativo y no alternativo, en el sentido de que la incriminación contiene dos figuras de delito distintas y autónomas, la “promesa” y la “entrega” del dinero: de este modo se consigue que si el particular promete y después paga, cometa dos delitos. No sólo eso: si paga en varios plazos, existen tantos delitos cuantas sean las fracciones del pago. De este modo se multiplican los delitos: el fin de tal posición no es tanto agravar la pena (8) como, sobre todo, alargar los plazos de prescripción del delito (9) y orientar la competencia por el territorio (10). Así, las categorías penalísticas concernientes a la estructura del tipo vienen utilizadas –con un amplio margen de arbitrio– para la exigencia de represión dictada en el caso concreto (11).

2.2.- La distinción entre corrupción y concusión.

La Fiscalía de varios Tribunales –en los primeros años del proceso de “manos limpias”– habían adoptado una práctica que desconocía todas las reglas: el antiguo problema de la distinción entre concusión y corrupción (12) era resuelto en términos procesales y no sustanciales. La distinción no estaba centrada en el tipo de conducta realizada por el funcionario público y por el particular, sino que dependía de la colaboración en las investigaciones y, en particular, de quien se prestaba a confesar primero el paso del dinero. Si el particular llegaba primero en la “carrera” a confesar, generalmente se le reconocía el estatus de concusso, esto es, de víctima de la prevaricación del funcionario público. Si, por el contrario, el particular no colaboraba y el descubrimiento de la transmisión indebida del dinero tenía lugar aliunde, es decir, sin la colaboración de los protagonistas, el Fiscal imputaba a todos el delito de corrupción.

En 1994 la Fiscalía de Milán había elaborado –con la colaboración de docentes y abogados– un proyecto de ley dirigido a castigar en todo caso la transferencia indebida de dinero del particular al funcionario público abandonando la distinción entre corrupción y concusión; se introducía también una cláusula de no punibilidad para quien colaboraba con la Magistratura tras la comisión del hecho. Se buscaba de este modo ratificar con ley la práctica citada. El proyecto, que suscitó muchas atenciones y mucha polémica (13) fue luego abandonado como fruto ocasional de una época ya pasada.

Hoy, olvidada aquella práctica, se ha vuelto a discutir sobre la base de los criterios tradicionales, aun cuando la tesis actualmente dominante está basada sobre vagos presupuestos: la distinción entre corrupción y concusión no está fundada tanto sobre la conducta, cuanto sobre el estado de coartación de la voluntad del particular, esto es, un elemento de naturaleza psicológica de difícil determinación jurídica.

2.3.- El delito de financiación ilícita de partidos políticos.

Se trata de un delito introducido en la legislación italiana en 1974, pero descubierto sólo en los primeros años de la década de los noventa en el ámbito del proceso de “manos limpias”. En esta sede interesa observar cómo tal delito ha estado considerado siempre por la jurisprudencia en “concurso ideal” con la corrupción, y no como figura “especial” respecto a esta última.

2.4.- Premisas metajurídicas y reflexiones técnico–dogmáticas.

La experiencia reciente nos ofrece otro elemento de gran interés: las decisiones de los Jueces están deducidas siempre de premisas metajurídicas, habitualmente de naturaleza sociológica. Cito dos ejemplos.

- La corrupción sistemática. En un conocido proceso judicial (14) se ha discutido esta cuestión: ¿el secretario de un partido (concretamente el Partido Socialista Italiano) es penalmente responsable por los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos elegidos por él para ocupar determinados cargos? Las sentencias han respondido afirmativamente en primera instancia, partiendo de un presupuesto sociológico: la corrupción en Italia era (15) sistemática, esto es, difusa, consolidada, disciplinada por precisas reglas, con subdivisión de objetivos y de papeles entre empresarios y políticos. Por tanto, el secretario del Partido responde penalmente como partícipe en el delito de corrupción cometido por el funcionario público escogido por él para ocupar un cargo público: en efecto, la designación política es considerada instrumental respecto a los sucesivos actos de corrupción (“Yo te nombro presidente de aquel Ente público con la condición de que tu recibas dinero ilícito que después revertirás al partido”). El discurso es muy delicado: a mi juicio, semejante razonamiento constituye una violación de los principios en materia de participación en el delito y de la necesaria contribución causal de quien concurre, respecto al específico hecho típico cometido por el autor, y una violación de los principios en orden a la “personalidad de la responsabilidad penal”, desde el punto y hora de que la responsabilidad viene fundada no sobre la conducta típica, sino sobre el estatus de secretario del partido. Por otro lado, se confunde entre responsabilidad política y responsabilidad penal. En fin, cuando la decisión judicial responde a premisas sociológicas, surge una confusión muy páfida: el Juez decide sobre la base de meras conjeturas (inadmisibles en la decisión penal) confundiéndolas con las reglas de la experiencia (16).
- El contexto ambiental. Conductas neutras, ontológicamente no ofensivas, llegan a ser penalmente relevantes cuando se ubican en un determinado contexto ambiental. El fenómeno es conocido como concusión ambiental (17). Cada uno de nosotros conoce los códigos de comportamiento de la realidad en la que vive; la inmoralidad está extendida y consolidada, es sistemática: de ello se desprende que el funcionario público en este contexto ambiental no tiene necesidad de ser explícito: “basta poco para hacerse entender”. Sin embargo, de este modo se castiga a un sujeto no por su conducta, sino por el contexto en el que vive y opera, contexto que el agente ni ha creado ni ha contribuido a crear. Un último ejemplo de derecho penal que se aleja del hecho típico.

3. Delitos que conciernen directamente a la actividad del funcionario público.

Me refiero al delito de “abuso del cargo” (art. 323 c.p.).

Durante años ha sido una incriminación utilizada en toda situación y en todo proceso. Con este delito, en particular, se ha desarrollado el control de la Magistratura sobre la actuación de la Administración pública, control que se ha extendido hasta la ratio de la decisión operada por los funcionarios públicos. Esta norma penal en su antiguo texto indeterminado y completamente centrado en el dolo específico ha sido utilizada por los fiscales y por muchos Jueces para controlar y verificar asimismo la actuación y las decisiones de los órganos técnicos de la Administración pública (18). Frecuentemente la norma en estudio asumía una (desviada) función procesal: el encarcelamiento por este delito era un instrumento para obtener pruebas sobre otros delitos, en particular sobre eventuales corrupciones. El delito se ha aplicado incluso a la actividad consensual–contractual (esto es, paritaria)

de la Administración pública e incluso a simples comportamientos materiales del funcionario público.

Hoy, tras la reforma de 1997 el delito de abuso del cargo casi ha desaparecido de la escena penal italiana. Y los administradores públicos (especialmente los administradores de los entes territoriales, como los Ayuntamientos, las Provincias y las Regiones) han vuelto a trabajar con un mínimo de serenidad.

Desde un punto de vista político–criminal e institucional, el devenir del artículo 323 c.p. es emblemático.

El legislador está a remolque de la Magistratura.

Es un signo de los tiempos: la Magistratura crea los delitos y el legislador procede después a limitar y corregir. El cambio de los papeles institucionales es muy significativo (19).

4.- Delitos relativos a la formación y circulación del dinero negro.

Su estudio queda fuera de los temas que intento tratar.

Sin embargo, para comprender plenamente la experiencia italiana en materia de delitos contra la Administración pública es necesario tomar en consideración una serie de delitos cercanos que han sido objeto de profundas transformaciones obradas por la Magistratura.

Me refiero a los siguientes:

- El delito de falsedad en el balance de la sociedad (art. 2621 del código civil). Hoy, este delito viene entendido no como hecho ofensivo de los intereses patrimoniales de los socios y acreedores, sino como violación de los deberes de información y es aplicado en todos los casos en los que la sociedad haya dispuesto de fondos reservados de cualquier cuantía, incluso sin importancia respecto al volumen de negocios de la sociedad (20). También con este propósito la transformación y la volatilización del bien jurídico son evidentes: de bienes de carácter patrimonial concretos y tangibles, el objeto de tutela pasa a ser la transparencia de la información societaria, valores absolutos que siempre son ofendidos, incluso en las hipótesis marginales.
- El delito de fraude fiscal (art. 4 de la Ley 516 de 1982), aplicado junto al balance falso en los casos en los que existan bienes ocultos para pagar a funcionarios públicos (21).
- El delito de apropiación indebida (art. 646 c.p.). En base al código penal, es castigado quien se apropia de dinero o de bienes de otro tipo cuya posesión tenga por cualquier título. Este delito también es aplicado actualmente al comportamiento del administrador de la sociedad que utiliza dinero de la sociedad para pagar a funcionarios públicos, pero en interés exclusivo de la misma sociedad y no en interés propio. La jurisprudencia, en vía interpretativa y a través de la analogía in malam partem, ha transformado el delito de apropiación indebida en infidelidad patrimonial: la doctrina auspiciaba hace años una intervención legislativa en esta dirección; la jurisprudencia ha alcanzado ese objetivo más velozmente.

5.- Síntesis conclusiva.

El derecho y el proceso penal son una mesa sobre la que actualmente se juega una decisiva partida institucional entre Magistratura y poder político; en este ámbito ha asumido un particular relieve el sector de los delitos contra la Administración pública.

Como se ha dicho (22), en este momento histórico la dirección de la sociedad es de los jueces, mientras al legislador le concierne sólo una limitada función de gestión.

Esto ha comportado y comporta una decisiva ampliación interpretativa de numerosas incriminaciones, con reflejos importantes sobre las categorías fundamentales del derecho penal

(imputación subjetiva y no ya objetiva del delito, erosión del bien jurídico, abandono del dogma del “hecho”). El Parlamento busca, con esfuerzo, poner remedio a estos excesos del poder judicial, con intervenciones legislativas dirigidas a retomar la certeza en el derecho penal y, desde luego, con intervenciones de reforma de la Constitución para garantizar las reglas de un proceso justo. Son señales de un cambio de tendencia positiva para el retorno a la soberanía de la ley.

(1) Se ha llegado al punto de que en 1988 la Magistratura ha impuesto el suministro gratuito de fármacos antitumorales no experimentados y, para la mayoría de los médicos, ineficaces: esto como consecuencia de fortísimas presiones de la opinión pública y en el marco de una viva polémica entre las distintas instituciones públicas (Ministerio de Sanidad, Corte Constitucional, Parlamento) y bajo la atención de los medios de comunicación. La discusión se ha disuelto completamente a los pocos meses, como ocurre frecuentemente en la llamada “justicia espectáculo”.

(2) VALLINDER, *The judicialization of Politics*, 1992.

(3) La expresión “lucha” de la Magistratura contra los elementos criminales es de uso habitual, no sólo en los medios de comunicación. Es una expresión reveladora de una realidad preocupante: los Jueces no luchan, sino que deben aplicar la ley. Si los Jueces luchan –se preguntaba BRICOLA, gran Maestro desaparecido prematuramente–, ¿quién controla la normalidad y la legalidad de la lucha?

(4) Esta orientación es dominante en los últimos años: véase, Cass. 6.3.1998, Lombardi, donde se afirma que “La falta de individualización en concreto del singular acto del cargo no hace desaparecer el delito de corrupción por acto contrario a los deberes del cargo en caso de que se confirme que la entrega del dinero se haya efectuado por razón de las funciones desempeñadas por el funcionario público”. La jurisprudencia de los años 80, por el contrario, afirmaba que la vinculación entre entrega de la suma y un acto del cargo específico e individualizado era necesaria para configurar el delito de corrupción. La única excepción de la orientación señalada en tiempos recientes es la (famosa) sentencia Cass. 6.2.1997, Bondaz, donde se afirma que no existe corrupción en el caso en el que el particular entregue dinero a un funcionario público a fin de que, por la autoridad y el prestigio que se desprenden de su cargo público, se emplee para condicionar actos extraños a su cargo (estos es, recomendar, impulsar una práctica administrativa).

(5) Se suele decir, en estos casos, que el funcionario público está “en nómina” de la sociedad.

(6) Cass. 24.3.1997 *Craxi e altri*.

(7) Es la teoría conocida como “doble esquema” de la consumación.

(8) Los diversos delitos quedan unidos en un delito continuado: y la pena no es la suma aritmética de las penas previstas para cada delito, sino que deriva de la acumulación jurídica (pena del delito más grave aumentada hasta el triple: en la práctica, el aumento es generalmente mínimo).

(9) La prescripción del delito continuado comienza a correr desde el cese de la continuación.

(10) La competencia territorial en el delito continuado se fija en el lugar de comisión del delito más grave y en caso de idéntica gravedad (como en el caso nuestro de varios delitos de corrupción) en el lugar de comisión del primer delito.

(11) La misma orientación se constata en torno a otro grave problema italiano: la usura. También con este propósito la jurisprudencia ha considerado la existencia de tantos delitos cuantos sean los plazos de intereses que la víctima pague al usurero. Se desarrolla así una nueva forma de manifestación –el delito con consumación prolongada o fraccionada– que se sitúa en una posición intermedia entre el delito instantáneo y el delito permanente.

(12) El delito de concusión (art. 317 c.p.) castiga al funcionario público que obliga o induce al particular a dar o prometer dinero u otros bienes: en este delito el particular es la víctima y no resulta castigado, a diferencia de los delitos de corrupción donde el particular corruptor queda sujeto a la misma pena del funcionario público corrupto. El elemento común entre corrupción y concusión es el paso indebido del dinero del particular al funcionario público; el elemento distintivo está (o debería estar) en la conducta de los protagonistas.

(13) Me permito reenviar a un trabajo mío sobre el tema publicado en *Difesa penale*, 1994.

(14) Me refiero a las sentencias concernientes a la “Metropolitana Milanese”, proceso donde son imputados Craxi (de nuevo) y otros, entre las cuales recuerdo Cass. 17.6.1998.

(15) Alguno, maliciosamente, dice que todavía es hoy también.

(16) Véase la severa censura realizada por Cass. 17.6.1998 citada.

(17) Existe también la “*extorsión ambiental*”: la amenaza se realiza también con palabras neutras e inocuas si las palabras son pronunciadas en un contexto tal que el destinatario se siente coartado.

(18) Incluso en materia de juicios estéticos y artísticos efectuados por los órganos administrativos correspondientes (Superintendencia de bienes artísticos): recuerdo el famoso caso de la Plaza de la Signoria en Florencia y el correspondiente proceso penal.

(19) El fenómeno está presente también en el ámbito procesal: la citada reforma del artículo 111 de la Constitución constituye el intento del legislador de poner fin a frecuentes desviaciones judiciales.

(20) También a propósito de este delito, está en fase avanzada una reforma legislativa dirigida a delimitar su alcance y a impedir excesos judiciales.

(21) Se trata de un delito próximo ya a una radical reforma legislativa: con la ley 205 de Julio de 1999 se ha delegado en el Gobierno la reforma de la legislación penal tributaria.

(22) GARAPON, *I custodi dei diritti*, pag. 26

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del Derecho penal italiano.
Filippo Sgubbi

RESUMEN: *La reciente modificación del art. 111 de la Constitución italiana introduciendo el concepto del justo proceso no sólo constituye una gran reforma desde el punto de vista procesal-penal sino también supone restaurar la soberanía de la ley frente al llamado "gobierno de los jueces". Esto tiene su reflejo concretamente en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, limitando el proceso penal a aquellos casos necesarios en los que la ley dicta, sin posibilidad de que los Magistrados puedan intervenir allí donde no tienen potestad legal y sin que puedan interpretar arbitrariamente o de forma excesivamente extensa los preceptos legales.*

PALABRAS CLAVES: *justo proceso, "gobierno de los jueces", corrupción, concusión, financiación ilícita, responsabilidad política, concusión ambiental, funcionario público, dinero negro.*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN *RECPC*: 16 de noviembre de 2000.